

STUDII

PIERDEREA UNEI ȘANSE PRIVITĂ PRIN PRISMA CONDIȚIILOR RĂSPUNDERII CIVILE

Oana GLIGAN *

Abstract: Loss of chance. *The texts of the New Civil Code offer a new approach to the civil liability institution, by turning to good account the doctrinal and jurisprudential analyses of the defining elements and conditions of the reparation of damage. Thus, among the innovative aspects is the introduction of regulation, for the first time in our law, of the compensation for a specific type of damage, which is the consequence of the loss of the opportunity to obtain an advantage.*

Consequently, this article aims to examine the loss of chance both as a theory of injury and as a theory of causation. The paper presents the source of the concept of loss of chance and its evolution in medical negligence law. Moreover, there are pointed out its main characteristics and conditions - the chance needs to be real and serious in order to be alleged. It is also pictured the way of evaluating the damage. The claim for the loss of a chance is based on the value of the gain that would have accrued or the loss avoided and the probability of the gain or loss arising.

Key words: *loss of chance, damage, causation, allowance, probability*

Cuvinte cheie: *pierderea unei șanse, prejudiciu, cauzalitate, indemnizație, probabilitate*

Concept

Posibilitatea indemnizării victimei pentru prejudiciul cauzat prin pierderea unei șanse a născut de-a lungul timpului ample controverse în doctrina și practica judiciară, considerându-se că o asemenea soluție conduce doar la deșurarea lipsei certitudinii prejudiciului final, ajungându-se la o răspundere bazată pe îndoială și pe un raport de cauzalitate artificial.

Remarcăm că prin adoptarea actualului Cod Civil legiuitorul a valorificat analizele doctrinare și jurisprudențiale în materie de răspundere civilă, oferind o nouă abordare acestei instituții. Este acordată o atenție deosebită pentru asigurarea unei reparări integrale a prejudiciului, de natură a realiza în mod efectiv restabilirea situației anterioare comiterii faptei ilicite. Astfel, pentru prima dată în dreptul nostru s-a reglementat în mod expres posibilitatea indemnizării unui tip de prejudiciu specific, respectiv „pierderea șansei

de a obține un avantaj.”¹ Pentru asemenea prejudiciu însă, indemnizația se va putea acorda doar „proporțional cu probabilitatea obținerii avantajului” (art. 1532 alin. 2 C.civ.), fiind indicat astfel modul de calcul în funcție de două repere: împrejurările producerii prejudiciului și situația concretă a victimei.

Totuși, principiul reparării integrale a prejudiciului este limitat la acele urmări păgubitoare de natură patrimonială sau nepatrimonială, care se află în legătură de cauzalitate directă cu fapta săvârșită. Poate fi oare considerată pierderea șansei de a obține un avantaj ca fiind o consecință directă a faptei prejudiciabile comise și, pe cale de consecință, pot fi acordate despăgubiri pe acest temei?

Șansa este definită de dicționarul explicativ al limbii române ca fiind o circumstanță favorabilă, o posibilitate de reușită, de succes². De cele mai multe ori, consecințele produse de acțiunile umane depind de anumite condiții externe. Șansa face parte din viața fiecăruia dintre noi, reprezentând un ansamblu de împrejurări propice producerii sau evitării unor evenimente care ne pot marca întreaga existență. Întâmplările care ne însoțesc de-a lungul vieții, chiar și cele aparent banale, ne desenează, de fiecare dată, un alt traseu al vieții, salvându-ne dintr-un accident ce putea fi mortal sau care ne putea afecta integritatea fizică, altele influențându-ne, în bine sau în rău, cariera profesională, evoluția familială sau socială³.

Pierderea unei șanse are relevanță juridică numai atunci când se produce ca urmare a unei conduite culpabile a altei persoane, prin care se intervine asupra cursului normal al evenimentelor și astfel duce la dispariția posibilității producerii unui eveniment favorabil așteptat de victimă, concretizat, fie într-un câștig, fie în evitarea unei pierderi.

Curtea de Casație franceză a definit pierderea șansei ca fiind „dispariția actuală și certă a unei eventualități favorabile”⁴. Mai recent, aceeași instanță a caracterizat pierderea șansei drept „un element al prejudiciului care poate prezenta el însuși caracter direct și cert (condiții ale indemnizării) de fiecare dată când se constată dispariția, ca efect al delictului, a probabilității unui eveniment favorabil, deși, prin definiție, realizarea unei șanse nu este niciodată certă.”⁵

În doctrina română, de-a lungul timpului, foarte puțini au fost autorii care au acordat noțiunii de pierdere a unei șanse importanța cuvenită. Totuși remarcăm faptul că în anul 1972 un autor clasic a tratat acest subiect, inspirat din doctrina franceză, folosind sintagma de „pierdere a unor sorturi”. Acesta a remarcat practica instanțelor judecătorești care nu se sfiau „să pipăie șansele de câștigare a procesului, pentru a admite dreptul la desdăunare și a stabili întinderea reparației, dacă apreciază că procesul ar fi fost câștigat”⁶ prin exercitarea căii de atac pierdute ca urmare a faptei ilicite. El considera că această practică era justificată prin experiența judecătorilor în aprecierea temeiniciei și legalității hotărârii judecătorești. În afară însă de ipoteza aprecierii valorice a șanselor de câștig referitoare la un act judiciar, instanțele nu s-au arătat foarte dispuse să acorde daune interese pentru pierderea unor altfel de „sorturi de câștig”.

În practica judiciară mai recentă au fost semnalate doar izolat asemenea situații, fiind recunoscut dreptul victimei de a fi despăgubită, fără însă a se invoca argumente privind „pierderea unei șanse”. Astfel, într-o cauză soluționată de instanța noastră supremă

în anul 1992⁷, s-a apreciat că este îndreptățită să obțină repararea prejudiciului persoana care, deși nu era încadrată în muncă la data evenimentului, din probele administrate a rezultat cu certitudine că urma să se angajeze, iar această întârziere s-a datorat neîndoielnic săvârșirii faptei ilicite a cărei victimă a fost.

Remarcăm însă că aplecarea instanțelor asupra prejudiciilor suferite ca urmare a pierderii unor șanse s-a făcut simțită în Franța, încă din secolul al XIX-lea. Noțiunea de pierdere a șansei a ieșit de sub tipar sub auspiciile Curții de Casație franceze la sfârșitul secolului al XIX-lea⁸. A fost admisă răspunderea unui oficial ministerial pentru faptul că, din culpa sa, reclamantul a fost privat de o procedură care i-ar fi dat posibilitatea să câștige un proces. La scurt timp, și Camera Civilă a Curții de Casație franceze a admis existența acestui tip de prejudiciu, printr-o hotărâre din 23 martie 1911, condamnând un avocat care a ratat termenul limită pentru apel și, astfel, l-a lipsit pe clientul său de șansa de a câștiga procesul.

Mai târziu, a fost indemnizată și văduva unui student în anul al șaselea la medicină, rănit mortal într-un accident, pentru că a fost lipsită de posibilitatea de a se bucura de situația financiară rezultată din veniturile preconizate pentru profesia pe care soțul ei urma să o desfășoare⁹.

Încetul cu încetul, noțiunea de pierdere a șansei a câștigat teren în majoritatea ramurilor de răspundere civilă. Se pare că instanțele judecătorești au acceptat fără prea mari dificultăți indemnizarea acestui tip de prejudiciu. Un alt exemplu, devenit la fel de clasic, este acela care privește neparticiparea unui cal de curse la o competiție din cauza întârzierii transportatorului, privând astfel pe proprietar de șansa obținerii unui premiu sau cazul unui pictor care nu și-a putut expune la timp pânzele pictate, pierzând în acest mod șansa de a fi laureat.

Caracteristici ale prejudiciului constând în pierderea unei șanse

Teoria pierderii unei șanse pare a fi un paradox – ea presupune coexistența unei probabilități de realizare a evenimentului favorabil dacă nu ar fi intervenit fapta culpabilă a autorului, care implică luarea în considerare a unui element aleatoriu, cu o certitudine, aceea că în lipsa aceastei fapte, evenimentul favorabil s-ar fi putut realiza, element ce ține de legătura de cauzalitate. Provocarea este de a concilia cele două componente contradictorii ale certitudinii, fără însă a face excese într-o direcție sau alta¹⁰.

Prejudiciu virtual

Analiza prejudiciului în condițiile societății contemporane este o problemă de mare actualitate dacă avem în vedere, pe de o parte, diversitatea și amploarea fără precedent a daunelor cauzate și, pe de altă parte, necesitatea protejării persoanelor vătămate prin restabilirea echilibrului social distrus ca urmare a comiterii unor fapte dăunătoare¹¹.

Doctrina apreciază că pentru nașterea obligației de reparare, prejudiciul trebuie să fie cert. Această cerință pare evidentă *a priori*: cel care invocă un prejudiciu trebuie să îi

dovedească existența și întinderea, dubiul profitând pârâtului. Într-o exprimare metaforică, prejudiciul a fost apreciat ca fiind „nu numai condiția răspunderii, dar și măsura ei, în sensul că autorul răspunde numai în limita prejudiciului cauzat”¹². Dar, în realitate, condiția ca prejudiciul să fie cert nu se percepe exact așa, ci mai degrabă în sensul că nu se poate repara un prejudiciu a cărui realizare este doar ipotetică.

Este de actualitate exemplul în care părinții unui copil ucis din culpă solicită daune pentru pierderea posibilității de a obține o pensie de întreținere, chiar dacă, la data decesului victimei, nu întruneau condițiile necesare pentru primirea acelei pensii. Prejudiciul este în acest caz, dacă putem spune așa, „plauzibil”, dar asta nu îl face mai puțin eventual și, cu excepția unor situații excepționale, instanțele vor refuza o asemenea cerere de despăgubire¹³. O speță asemănătoare a fost rezolvată și de Tribunalul Suprem din România, care a decis în același sens. Simpla împrejurare invocată de părinți că în viitor ar fi posibil să se afle, din cauza vârstei, în incapacitate de a munci, cu dreptul de a pretinde pensia de întreținere, reprezintă o simplă eventualitate, care nu poate justifica acordarea actuală a despăgubirilor¹⁴. Nu este, însă, eventual, prejudiciul încercat de copilul minor al cărui părinte a fost ucis, chiar dacă la data morții părintele nu presta efectiv întreținerea copilului său, dar acesta din urmă ar fi putut obține oricând obligarea părintelui la plata unei pensii de întreținere¹⁵. Aceste soluții sunt logice și, în plus, ne arată și faptul că există o graniță între prejudiciul cert, reparabil și cel eventual.

În doctrina noastră tradițională, prejudiciile sunt clasificate în prejudicii actuale și prejudicii viitoare. Este unanim admis faptul că prejudiciul actual este cert. În ceea ce privește prejudiciul viitor însă, multă vreme nu s-a admis repararea lui. Doctrina mai veche afirma că nu se pot cere despăgubiri pentru o daună necertă și eventuală, adică aceea care se poate produce numai în viitor. Curând, atât jurisprudența cât și doctrina au devenit mai flexibile, apreciind că un prejudiciu care nu s-a realizat poate justifica condamnarea actuală dacă realizarea lui în viitor este certă. Prin urmare, face parte din categoria prejudiciilor certe și prejudiciul viitor care, deși încă nu s-a produs, este sigur că se va produce, iar cuantumul lui poate fi evaluat în prezent, existând elemente suficiente în acest scop¹⁶.

În cazul prejudiciului viitor se admite că este vorba de o certitudine „relativă”, dat fiind faptul că viitorul este întotdeauna afectat de un anumit *alea*¹⁷. De exemplu, cum putem stabili pentru ce perioadă de timp va fi indemnizată victima unui accident corporal în urma căruia și-a pierdut definitiv capacitatea de muncă? Putem să știm că ea nu ar fi murit la scurt timp după accident din cauza unei boli sau chiar din cauza unui alt accident ori că nu și-ar fi pierdut locul de muncă? Este clar că nu există certitudine în acest sens, precum nu există nici în sens contrar: victima putea să aibă o carieră excepțională și să se îmbogățească. Este imposibilă determinarea exactă a prejudiciului în acest caz. Dar, dreptul nu are nevoie de certitudine, după cum bine știm; el se limitează la probabilitate¹⁸. Anumite limite ale reparării prejudiciului sunt stabilite de jurisprudență: nu se repară prejudiciile eventuale, pur ipotetice.

Prin însăși natura sa, șansa realizării unui anumit obiectiv este aleatorie, deoarece materializarea ei depinde, într-o măsură mai mare sau mai mică, de o serie de factori de natură obiectivă sau subiectivă. Astfel, ori de câte ori există șansa ca un eveniment

favorabil să se producă, corelativ există în mod inevitabil și riscul unui eșec, respectiv neproducerea evenimentului scontat. Aceasta ne duce la concluzia că nu în toate cazurile, dacă evenimentul care a privat victima de respectiva șansă nu s-ar fi produs, victima și-ar fi văzut șansa efectiv îndeplinită.

Distincția precedentă între prejudiciul viitor cert, reparabil în integralitatea lui și prejudiciul eventual, care nu este susceptibil de reparare apare destul de brutală în situațiile în care probabilitatea este prea serioasă pentru a fi neglijată, dar nu suficientă pentru a fi reținută ca o certitudine. Așadar, pentru a atenua acest sistem bazat pe principiul „totul sau nimic”, jurisprudența a introdus această noțiune a pierderii de șansă, care permite o soluție intermediară¹⁹.

Ca urmare a diversității tot mai mari a cauzelor în care se pretinde repararea prejudiciilor viitoare, s-a impus o nouă distincție între prejudicii eventuale și prejudicii virtuale²⁰. Cele două noțiuni însă nu sunt bine conturate și distincția dintre ele este supusă unor ample dezbateri. Se apreciază că prejudiciul eventual este lipsit de certitudine și prin urmare nu poate justifica acordarea de despăgubiri. În schimb, prejudiciul virtual sau potențial este indemnizabil în măsura certitudinii producerii lui. Deși nu s-a produs încă, prejudiciul virtual prezintă toate condițiile realizării sale, fiind prelungirea unei stări de lucruri actuale, directe, probabile și susceptibile de evaluare imediată.

Certitudinea prejudiciului ține mai mult de caracterul verosimil al acestuia, atât de verosimil încât merită să fie luat în considerare²¹. În consecință, prejudiciile viitoare și eventuale nu trebuie confundate cu prejudiciile constând în pierderea unei șanse. Prin pierderea unei șanse se înțelege pierderea posibilității unei persoane de a realiza un câștig sau de a evita o pierdere; de aici rezultă un prejudiciu pentru persoana în cauză²². Dauna rezultând din pierderea șansei se încadrează în categoria prejudiciului virtual, fiind situat la jumătatea drumului între prejudiciul pur eventual și prejudiciul cert. Tocmai de aceea se apreciază că natura ambiguă a acestuia face ca indemnizarea lui să fie mult mai delicată.

Coexistența a două prejudicii distincte

În practica instanțelor noastre judecătorești se constată încă o reticență explicabilă în acordarea daunelor-interese pentru prejudiciul constând în pierderea unei șanse. Respingerea acestei teorii vizează caracterul ipotetic al prejudiciului. În acest sens, se subliniază faptul că în cazul în care șansa nu s-ar fi realizat, victima nu ar fi suferit niciun prejudiciu. Prin urmare, autorul faptei ilicite nu poate fi obligat la repararea unui prejudiciu care nu s-a produs.

Această critică ar fi justificată doar dacă victima ar urmări obținerea avantajelor ce ar fi rezultat din valorificarea șansei respective. În realitate însă, deși are o configurație proprie, paguba suferită ca urmare a pierderii de șansă presupune existența a două prejudicii distincte: un prejudiciu inițial, abstract, reprezentat de „prețul” irosirii șansei de a accede la un eveniment favorabil și un prejudiciu final, concret, reprezentat de avantajul de care a fost lipsită victima sau de paguba de care aceasta putea fi ferită dacă evenimentul favorabil s-ar fi produs²³.

Cu toate că se vorbește unanim de „pierderea șansei”, ceea ce interesează de fapt din perspectiva dreptului civil este doar prejudiciul suferit ca urmare a acestui eveniment. El este astfel denumit pentru a nu fi confundat cu prejudiciul final.

Într-adevăr, prejudiciul cauzat de *nerealizarea șansei* este unul ipotetic și nesusceptibil de reparare din acest motiv. Victima nu poate invoca pierderea avantajelor pe care le-ar fi obținut din realizarea șansei respective, deoarece nu există o certitudine în această privință. Pe de altă parte, prejudiciul cauzat prin *pierderea acelei șanse* este cert. Până la momentul săvârșirii faptei ilicite, victima se bucura de un potențial avantaj care îi oferea posibilitatea de a-și crea o situație mai favorabilă. Or, această șansă dispare definitiv ca efect al săvârșirii faptei ilicite²⁴. Între cele două prejudicii suferite de victimă există o simbioză, prejudiciul primar neputând exista decât în relație cu cel final, produs ca urmare a pierderii șansei.

Altfel spus, prejudiciul inițial este expresia probabilității prejudiciului final suferit de victimă, ca urmare a neprodurii evenimentului favorabil. De pildă, prejudiciul suferit prin pierderea șansei ca urmare a culpei profesionale a avocatului care nu a introdus calea de atac în termen nu se va putea situa la valoarea pe care o avea obiectul litigiului. Tot ce poate spera justițiabilul vătămat este o despăgubire parțială, reprezentând doar prețul lipirii de șansa judecării pe fond a cauzei, preț care va fi calculat în raport de șansele obiective de câștig pe care le-ar fi avut cauza avansată de victimă. Legătura dintre cele două prejudicii este evidențiată prin aceea că judecătorul va cuantifica prejudiciul suferit prin pierderea șansei în raport de avantajul pe care l-ar fi avut victima sau pierderea pe care ar fi putut-o evita prin câștigarea procesului.

În mod incontestabil, prejudiciul cauzat prin pierderea șansei de a obține un avantaj trebuie abordat ca fiind o categorie distinctă a prejudiciului, aspect care se desprinde atât din modalitatea producerii lui, cât și din regulile speciale de indemnizare a acestuia.

Noțiunea de pierdere a șansei are două accepțiuni. După cum am văzut, atunci când avem în vedere existența prejudiciului, pierderea șansei are o natură duală. Însă, în momentul în care luăm în considerare indemnizarea prejudiciului, ceea ce ne interesează este doar pierderea șansei *stricto sensu* (prejudiciul inițial). Elementul definitoriu al acestui tip de prejudiciu îl constituie modalitatea concretă prin care este prejudiciată victima, diferită în raport de celelalte ipoteze. Ineditul rezidă în aceea că, prin săvârșirea faptei ilicite a fost împiedicată producerea unui eveniment viitor, de natură a crea un avantaj victimei. Imposibilitatea de a profita de pe urma acestuia reprezintă prejudiciul cauzat victimei²⁵.

Inițial, despăgubirea pentru prejudiciului constând în pierderea șansei a fost admisă de jurisprudență pentru a-i permite judecătorului să intervină în cazurile în care prejudiciul final nu putea fi reparat. Asta explică legătura dintre cele două prejudicii. Totuși, prejudiciul inițial este original, *sui generis* și independent în raport cu cel final, bucurându-se astfel de un grad de autonomie. Repararea prejudiciului final este imposibilă, întrucât nu se poate stabili că acesta a fost cauzat în mod direct de fapta ilicită. Sub semnul întrebării se află deci raportul de cauzalitate, această noțiune delicată și amplu dezbătută în literatura de specialitate.

Pierderea șansei – un substitut pentru incertitudinea raportului de cauzalitate?

În legătură cu acest aspect, în doctrină se afirmă că admiterea indemnizării prejudiciului constând în pierderea unei șanse este un compromis mult prea mare, ajungându-se ca o faptă să provoace răspunderea pentru o pagubă pe care n-a produs-o... „după răspunderea fără culpă, o răspundere fără cauzalitate?”²⁶ Criticile enunțate în doctrină împotriva pierderii șansei sunt de două tipuri: pe de o parte, este contestată specificitatea prejudiciului în sensul că acesta nu ar fi original și pe de altă parte, se susține că nu ar putea exista un raport de cauzalitate propriu acestui tip de prejudiciu.

S-a afirmat că „pierderea șansei este un paliativ al dubiului care planează asupra raportului de cauzalitate privind prejudiciul final.”²⁷ Această formulare a fost preluată și de alți autori care au criticat ideea de indemnizare a prejudiciului constând în pierderea unei șanse. În aceeași notă, s-a arătat că există în mod clar o pervertire a noțiunii, care devine doar o soluție provizorie în cazul existenței unui dubiu cu privire la raportul de cauzalitate dintre fapta ilicită și prejudiciu: spunând că o faptă a făcut ca victima să piardă șansa de a evita un prejudiciu, nu este oare doar o altă modalitate de a spune că fapta a contribuit într-o mică măsură la producerea acelui prejudiciu? Dar putem oare afirma că prejudiciul constând în pierderea unei șanse este doar un truc creat de jurisprudență pentru a compensa imposibilitatea de indemnizare a pagubei pe care a suferit-o victima și care corespunde cu starea sa actuală?

Recunoscând că indemnizarea prejudiciului cauzat de pierderea șansei vine în întâmpinarea intereselor victimei inocente, unii autori s-au întrebat dacă, într-adevăr, această tehnică de indemnizare este menită să protejeze interesele legitime ale victimei. S-a susținut în acest sens că indemnizarea parțială, cea care are în vedere existența unei șanse, ar contraveni principiului reparației integrale a prejudiciului, interesele victimei fiind parțial neglijate și nici nu există un criteriu obiectiv de cuantificare a prejudiciului²⁸.

Noțiunea de pierdere a șansei este folosită în scopul de a despăgubi victima cu orice preț rezultând, spun ei, în scoaterea raportului de cauzalitate din sfera condițiilor de aplicare a răspunderii civile. Aceștia consideră că instanța, în temeiul echității, din compasiune pentru victimă, asimilează de multe ori o probabilitate mare cu certitudinea sau admite că nu este sigur că fapta ilicită a condus la realizarea prejudiciului, dar cu toate astea, acordă o indemnizație victimei. Se susține că lăsând judecătorului sarcina de a aprecia întinderea prejudiciului, practic se protejează propriile dubii ale acestuia privitoare la verosimilitatea raportului de cauzalitate. Unii autori critică folosirea abuzivă a conceptului de pierdere a șansei: „Nu este de dorit ca judecătorii să fie încurajați la lene și iresponsabilitate, prin utilizarea abuzivă a acestui concep convenabil.”²⁹

S-a dezvoltat și ideea conform căreia în cazul pierderii șansei ar fi vorba despre o cauzalitate parțială. Această formulă ține cont de neîncrederea dovedită de doctrină față de specificitatea prejudiciului constând în pierderea unei șanse. Conform acestei opinii, și atunci când vine vorba de raportul de cauzalitate, pierderea șansei este la fel de strâns legată de paguba finală ca și atunci când se pune problema stabilirii existenței prejudiciului.

În această opinie, legătura de cauzalitate este aceeași pentru ambele prejudicii. „Prejudiciul constând în pierderea șanse este un prejudiciu proporțional cu raportul de cauzalitate probabil, care unește fapta generatoare de răspundere cu prejudiciul final.”³⁰

Într-adevăr, conform susținătorilor acestui punct de vedere, relația cauzală dintre evenimentul nefericit și pierderea șanse este artificială, fiind luată în considerare doar pentru obținerea reparării unei părți din prejudiciul suferit. Un astfel de artificiu neagă practic importanța stabilirii raportului de cauzalitate și conduce la ignorarea uneia dintre condițiile fundamentale care, doar întrunite în mod cumulativ, generează angajarea răspunderii civile.

S-a pus și problema ridicării probabilității la nivelul unei prezumții judiciare și, prin urmare, persoana responsabilă să fie condamnată la repararea integrală a prejudiciului sau, în cazul în care prezumția este răsturnată, să fie exclusă orice fel de despăgubire, în absența unui prejudiciu cert³¹. Dar, asimilarea probabilității cu o prezumție de cauzalitate presupune luarea în considerare a pierderii de șansă nu ca un prejudiciu distinct, ci ca o probă a existenței prejudiciului final. O asemenea prezumție ar conduce la diminuarea exigențelor în stabilirea raportului de cauzalitate. Aceasta ar avea drept consecință condamnarea autorului faptei la repararea prejudiciului final, cu toate că raportul de cauzalitate nu este cert, ceea ce ar fi injust.

Pierderea șanse – veritabil prejudiciu indemnizabil

Acțiunea în despăgubire presupune un interes născut și actual, dar cel care din pricina unui fapt trecut va suferi cu certitudine o daună are un interes actual să obțină reparațiunea și pentru această pagubă de îndată ce există certitudinea producerii ei în viitor³².

Prejudiciul constând în pierderea unei șanse este un prejudiciu de sine stătător, original. Doar pierderea șanse poate fi indemnizată, deoarece ea constituie singurul prejudiciu cert. Contrar celor afirmate de unii autori, există un raport de cauzalitate specific, propriu acestui tip de prejudiciu, care justifică indemnizarea lui. Luarea în considerare a unui astfel de prejudiciu *sui generis* este în plus un beneficiu pentru victimele care astfel pot beneficia de despăgubiri pentru o parte din pierderea suferită.

Cu toate că raportul de cauzalitate nu se bucură de o definiție concretă, în doctrină este unanim admis că această legătură dintre cauză și efect reprezintă o exigență fundamentală în cazul răspunderii civile, doctrina consacrand numeroase teorii pentru stabilirea acestuia. Care putem însă să o aplicăm în cazul pierderii unei șanse? Teoria echivalenței condițiilor nu poate fi reținută întrucât această teorie atribuie valoare cauzală fiecărei condiții în lipsa căreia prejudiciul nu s-ar fi produs (*conditio sine qua non*), pe când șansa pierdută conține un element *alea* care ne împiedică să afirmăm cu certitudine că fapta ilicită este o condiție în lipsa căreia prejudiciul nu s-ar fi produs. În plus, teoria echivalenței condițiilor reține toate cauzele producerii prejudiciului, în timp ce în materia pierderii șanse doar fapta care a dus în concret la pierderea acesteia trebuie luată în considerare, iar nu pierderea șanse ca o condiție a producerii prejudiciului final.

Teoria cauzei adecvate pare a fi mai potrivită deoarece ia în considerare probabilitatea, reținând ca și cauză a prejudiciului fapta care în mod normal este susceptibilă să producă efectul respectiv. Dar, în cazul pierderii șanse, probabilitatea permite doar stabilirea existenței prejudiciului. Astfel, fiind reținută pierderea unei șanse, prejudiciul apare ca fiind unul cert, dar mai rămâne de stabilit raportul de cauzalitate care îl unește de faptul generator.

Un autor afirma că „justificarea indemnizării pierderii șanse este posibilă doar într-o concepție a cauzalității care, ținând cont de complexitatea realității, recunoaște în producerea fenomenelor, o combinație a legii cauzale cu legea aleatoare.”³³ În materia pierderii unei șanse elementele cauzale, factori cunoscuți, cum este de exemplu eficiența unui tratament medical *in abstracto*, se combină cu elemente aleatorii, precum efectele acelui tratament utilizat pentru un anumit caz, *in concreto*. Judecătorul va trebui, prin urmare, să evalueze raportul de cauzalitate existent între fapta generatoare și prejudiciu prin raportare la cele două „legi”.

La prima vedere, teoria dezvoltată de autor pare a fi adecvată, în sensul că oferă un fundament și explică modul de abordare al judecătorului atunci când acesta este responsabil să stabilească relația de cauzalitate dintre eveniment, concept concret și pierderea unei șanse, concept abstract și subtil. Totuși, observăm că în acest mod se poate determina doar raportul dintre faptă și șansa pierdută. Or, după cum am arătat, există două raporturi de cauzalitate distincte, derivând din același fapt generator. Primul dintre ele poate fi stabilit între fapta ilicită și prejudiciul inițial, însă cel de-al doilea nu se poate determina, întrucât prejudiciul final nu este o consecință certă a acesteia. Fapta ilicită este singura cauză a pierderii șanse, prejudiciul fiind chiar măsura acestei șanse pierdute. Tocmai de aceea, șansa pierdută este un prejudiciu original, iar nu doar o fracțiune a prejudiciului final.

Astfel, în ipoteza pierderii unei șanse de reușită profesională, nu putem afirma că fapta care l-a împiedicat pe candidat să se prezinte la interviu este motivul pentru care acesta nu a obținut postul. Dar, cu siguranță putem afirma că fapta a dus la pierderea unei șanse concrete de a obține acel post. La fel, atunci când avem în vedere pierderea șanse de a câștiga un proces, nu putem certifica faptul că reclamantul ar fi câștigat procesul, dar este sigur că din cauza faptului că avocatul nu a introdus acțiunea în termen, a pierdut o șansă de a-l câștiga. Aceste exemple arată clar că doar pierderea șanse este consecința directă a faptei ilicite, iar nu prejudiciul final produs ca urmare a nerealizării șanse.

Condiții pentru indemnizarea prejudiciului creat prin pierderea unei șanse

Pentru a obține indemnizarea prejudiciului constând în pierderea unei șanse nu este suficient să se dovedească doar existența condițiilor generale ale răspunderii civile, fiind în plus necesară întrunirea a două cerințe suplimentare. Astfel, pierderea unei șanse are caracter cert și deci este indemnizabilă, doar dacă acea șansa pierdută era reală și serioasă. Perspectiva obținerii unui avantaj trebuie evaluată în concret, de la caz la caz, pentru a se stabili dacă ar fi fost sau nu realizabilă.

Șansa pierdută se raportează la prejudiciul final deoarece în lipsa acestuia, șansa de a-l fi evitat nu putea să existe în realitate, aflându-ne în ipoteza creării unui risc. Se consideră așadar că șansa a fost pierdută atunci când putea fi evitat prejudiciul final, când făptuitorul a întrerupt o evoluție a unor fapte sau împrejurări care puteau fi sursa unui avantaj sau a evitării unei pierderi.

Sarcina probei o are victima și ea privește, în principal, legătura de cauzalitate între faptul generator și prejudiciul suferit prin pierderea șansei. Pentru ca șansa să fie considerată reală, ea trebuie să fie susceptibilă de o apreciere obiectivă, ceea ce înseamnă că posibilitatea evenimentului favorabil trebuie să fie mai mult decât o simplă dorință a victimei. Prejudiciul creat prin pierderea unei șanse nu constituie o excepție de la principiul certitudinii prejudiciului și, mai mult, nu are vocația de a servi drept „jumătate de măsură” în cazul în care există dubiu cu privire la raportul de cauzalitate. În ceea ce privește probabilitatea de îndeplinire a evenimentului favorabil de care victima a fost lipsită, aceasta trebuie să fie destul de serioasă pentru a da naștere obligației de despăgubire³⁴.

Se poate vorbi de o șansă serioasă numai în măsura în care probabilitatea producerii unui eveniment favorabil este semnificativă. Pentru a aprecia seriozitatea șanselor, se face distincție între situațiile în care victima se află sau nu angrenată în realizarea evenimentului favorabil³⁵. Se disting astfel două situații:

a) fapta reproșabilă intervine în timp ce șansa era în curs de realizare

În aceste situații este clar că șansa există, ceea ce naște un drept de indemnizare, chiar și atunci când probabilitatea obiectivă de îndeplinire a șansei este scăzută. Totuși, unele discuții au apărut cu privire la pierderea șansei de a câștiga un proces de judecată. Unele instanțe au afirmat că pentru a se putea angaja responsabilitatea în aceste cazuri, este necesar ca fapta avocatului să atragă pierderea unei *șanse serioase* de succes. Astfel, instanța ar trebui să analizeze fondul cauzei, iar cererea ar trebui respinsă dacă s-ar aprecia că pretenția formulată de reclamant nu avea, în niciun caz, decât șanse foarte slabe de câștig³⁶. În alte cuvinte, faptul că șansa nu are un caracter suficient de serios constituie o piedică în dovedirea certitudinii prejudiciului.

În alte decizii însă, plecând de la principiul că un proces nu este niciodată pierdut din start, s-a admis că orice faptă care împiedică desfășurarea procesului în fața instanței îl privează pe justițiabil de șansa de a-și îmbunătăți situația actuală. Eventualitatea șansei nu înlătură deci posibilitatea de succes a acțiunii îndreptate împotriva avocatului. Aceasta influențează doar cuantumul indemnizării, care se evaluează proporțional cu șansele concrete de câștig.

Apreciez că într-adevăr, în situațiile în care victima este angrenată în realizarea șansei, se impune ca pierderea acesteia să fie indemnizată, chiar dacă probabilitatea de succes este mică, singurul caz în care s-ar impune respingerea acțiunii fiind cel în care eșecul procesului este indubitabil.

b) victima nu este încă implicată în realizarea șanse

În această situație, lucrurile stau puțin diferit. Paguba constă în pierderea posibilității de a utiliza acea șansă în viitor, iar acest aspect implică, pentru o apreciere a seriozității șanse, o verificare a proximității momentului la care speranța dispărută urma să se concretizeze.

Cu cât acest moment este mai apropiat, cu atât mai mult este posibil ca circumstanțele exterioare intervenite să-l fi împiedicat să se realizeze. De exemplu, în cazul pierderii șanse de a obține un loc de muncă, aceasta nu poate fi luată în considerare decât dacă studiile victimei pentru a obține acel post erau deja avansate și au fost întrerupte³⁷. La fel, dacă se solicită indemnizarea pentru pierderea șanse de a obține o pensie de întreținere, trebuie ca la momentul la care fapta a intervenit, să fi fost îndeplinite toate condițiile necesare pentru primirea respectivei pensii.

Evaluarea prejudiciului constând în pierderea unei șanse

Prejudiciul constând în pierderea unei șanse este distinct atât de beneficiul nerealizat de victimă, cât și de pierderea pe care aceasta a suferit-o. Atâta timp însă cât șansa pierdută era reală și serioasă, instanța trebuie să-l oblige pe autor la despăgubirea victimei.³⁸

Dacă indemnizarea unui astfel de prejudiciu este în principiu justificată, nu putem să pierdem din vedere dificultățile care apar când vine vorba de punerea sa în aplicare. Trăsăturile distinctive pe care le prezintă prejudiciul constând în pierderea șanse impun o anumită modalitate de indemnizare a acestuia, diferită față de restul prejudiciilor, deoarece trebuie raportată proporțional la probabilitatea obținerii avantajului³⁹. Realizarea unei șanse nu este niciodată certă, deci indemnizația acordată victimei nu poate fi niciodată egală cu câștigul pe care l-ar fi obținut dacă acea șansă s-ar fi realizat.

Dreptul, aspirând spre certitudine, dar nedorind să lase un prejudiciu nereparat, încearcă să elimine obstacolul creat de elementul aleatoriu al șanse prin apelarea la o altă știință exactă: matematica. Astfel, pentru a contracara dubiul inherent șanse, acestei noțiuni i se atașează un element mai tehnic, respectiv probabilitatea. După cum spunea și renumitul filozof și matematician francez René Descartes „...este mai sigur ca, atunci când nu stă în puterea noastră să discernem păreri adevărate, să le urmăm pe cele mai probabile...⁴⁰”. Judecătorul trebuie, prin urmare, atunci când se confruntă cu un prejudiciu a cărui cauză pare a fi o faptă, fără a fi însă sigur că aceasta l-a provocat, să evalueze probabilitatea.

De exemplu, atunci când unei asociații sportive i se reproșează că nu l-a informat pe unul dintre membrii săi despre câștigul pe care îl putea obține dacă își făcea o asigurare de persoane, indemnizația acordată acelui membru în caz de accident nu poate fi egală cu suma totală a prejudiciului suferit, dat fiind faptul că, presupunând că respectiva informație i-ar fi fost dată, nu este sigur că acel membru ar fi contractat asigurarea.

S-a susținut că această soluție nu este în perfectă concordanță cu logica deoarece șansa nu este sortită să rămână la stadiul de șansă și prin urmare nici nu conservă valoarea determinată de gradul ei de probabilitate. Ea constă în întregime fie în eșecul ei, fie în reușită, deci o indemnizare parțială, prin ipoteză, nu se împacă cu realitatea. Unul din două lucruri: ori evenimentul favorabil s-ar fi produs și astfel victima nu a primit destul, ori evenimentul nu s-ar fi realizat, în acest caz victima primind prea mult⁴¹. Consider însă că soluția este una de bun simț și accentuează autonomia pe care o prezintă prejudiciul constând în pierderea unei șanse în raport cu prejudiciul final suferit de victimă. Iar dreptul nu este întotdeauna o aplicație strictă a logicii...⁴²

Caracterul probabil al șansei, care atrage certitudinea prejudiciului inițial, condiționează evaluarea indemnizării și previne repararea prejudiciului final, care nu este cert. Principiul limitării indemnizației are ca și consecință necesitatea unei duble evaluări.

În primul rând, judecătorul va trebui să analizeze situația victimei în cazul în care șansa s-ar fi realizat, ceea ce presupune evaluarea prejudiciului final. În a doua etapă, se va stabili probabilitatea concretă pe care o avea șansa să se concretizeze, prin raportare la realitatea și seriozitatea sa. Astfel, pierderea șansei va fi cuantificată într-un procent, reprezentând gradul de probabilitate. Pentru a identifica în mod corect procentajul, analiza trebuie să implice întotdeauna și examinarea situației personale a victimei.

De exemplu, o persoană, victimă a unui accident în urma căruia își pierde capacitatea de a desfășura o activitate intelectuală în proporție de 2/3, invocă pierderea șansei de a urma o anumită carieră, întrucât nu mai poate susține concursul de admitere în profesie. În primă fază, judecătorul va ține cont de statisticile care stabilesc numărul de candidați înscriși la concursul respectiv și de rata de promovabilitate. Această evaluare nu este însă suficientă și se impune, ca în a doua fază, să se stabilească șansele efective ale persoanei în cauză. În această etapă judecătorul trebuie să ia în considerare vârsta persoanei, nivelul de pregătire, rezultatele anterioare, motivația, mediul familial, aptitudinile dovedite, precum și orice alte elemente care permit o evaluare cât mai precisă⁴³.

Sursa jurisprudențială a prejudiciului constând în pierderea unei șanse

Pierderea șansei a apărut și s-a dezvoltat din ce în ce mai mult în ultimii ani în domeniul medical. Într-adevăr, în acest domeniu jurisprudența este cea mai prolifică, iar în doctrină se nasc cele mai virulente critici.

Punctul de pornire al extinderii noțiunii de pierdere a șansei în domeniul medical îl constituie o hotărâre a Curții de Apel din Grenoble, Franța, pronunțată în 24 octombrie 1961⁴⁴. Unei persoane vătămate la încheietura mâinii i-a fost făcută o radiografie în urma căreia medicul nu a constatat nicio fractură, astfel că aceasta și-a reluat activitățile obișnuite. Câțiva ani mai târziu, ridicând un obiect mai greu, persoana în cauză a avut dureri, iar medicul care a consultat-o a constatat că pe radiografia făcută la momentul primului accident, se observa o fractură fără deplasare. Astfel, victima l-a acționat în judecată pe medicul care a interpretat greșit radiografia și instanța a stabilit că dacă

diagnosticul ar fi fost pus corect, s-ar fi evitat formarea unei pseudartroze cu fragilitate permanentă a încheieturii. Instanța a concluzionat că lipsa unui tratament adecvat a privat cu certitudine victima de *șansa de vindecare* de care era îndreptățită să se bucure. Dar este sigur că victima s-ar fi vindecat? Este oare raportul de cauzalitate cert? Prin această hotărâre, Curtea de Apel Grenoble a deschis cutia Pandorei...

Doi ani mai târziu, Camera Civilă a Curții de Casație Franceze a consacrat și ea noțiunea de *pierdere a șansei de vindecare* și a condamnat pe acestei teme un medic pentru eroarea de diagnostic care a dus la aplicarea unui tratament greșit⁴⁵. Această jurisprudență a fost continuată și a suscitat numeroase controverse.

S-au mai reținut de către instanțe și pierderea *șansei de a nu avea copii* și cea de *a nu fi născut*. În aceste situații, pentru ca prejudiciul să existe în ceea ce îi privește pe părinți, trebuie să se adauge la naștere o pagubă particulară, excedând efectele normale ale sarcinii. Însă, decizia din cazul „Perruche”⁴⁶ pare să fi acceptat că faptul de a se fi născut sau de a fi privat de posibilitatea de a nu se naște poate să constituie un prejudiciu constând în pierderea unei șanse, susceptibil de a fi componentă a prejudiciului final suferit de copil. Consider totuși că existența reală a acestui tip de prejudiciu este îndoielnică, această concepție fiind oarecum șocantă deoarece admite că viața poate să constituie un prejudiciu, ceea ce este inacceptabil. Jurisprudența, dacă extinde în acest mod câmpul prejudiciului indemnizabil, având o concepție din ce în ce mai largă asupra șanselor care pot fi pierdute, riscă să depășească limita etică.

Pe de altă parte, a fost admisă indemnizarea pagubei rezultate din privarea de *șansa de a alege în cunoștință de cauză*, ca urmare a neîndeplinirii obligației de informare de către medic. În acest caz, incertitudinea care planează asupra raportului de cauzalitate este la un nivel și mai ridicat, căci nu este niciodată sigur că victima, fiind corect informată, ar fi luat decizia susceptibilă să evite prejudiciul. Problema care apare aici este că șansele depind de alegerea făcută de victimă. Jurisprudența consideră totuși că dacă pacientul ar fi fost informat, ar fi putut să aleagă dacă să primească îngrijiri sau să renunțe la operația din care a rezultat o pagubă și, prin urmare, a pierdut într-adevăr șansa de a lua o decizie în deplină cunoștință de cauză⁴⁷.

După cum am văzut mai sus, pierderea șansei se divizează în pierderea speranței unui câștig viitor și pierderea posibilității de a evita producerea unei pagube. Constatăm că în domeniul medical, deși există și situații în care pacientul pierde șansa unui câștig, cele mai multe cazuri sunt totuși acelea în care victima pierde șansa de a evita agravarea situației sale actuale. În general, pacientul este privat de probabilitatea de a supraviețui, de a-și recupera sănătatea sau de a-și exercita dreptul de a face o alegere în deplină cunoștință de cauză cu privire la intervențiile medicale.

Pierderea șansei de vindecare sau de supraviețuire

În cazul pierderii unei șanse de vindecare sau de supraviețuire se evidențiază cel mai bine caracterul distinct al celor două prejudicii componente ale pierderii de șansă.

Astfel, prejudiciul final constă în existența unor sechele, într-o diminuare a capacităților fizice, într-o vindecare mai îndelungată sau chiar în decesul pacientului. Însă, la fel ca și în cazurile clasice de aplicare a teoriei pierderii de șansă, nu putem considera că este vorba despre rezultatul final ca fiind cauzat de greșeala comisă de medic, legătura de cauzalitate dintre acestea neputând fi stabilită. Prejudiciul nu este, în integralitatea lui, urmarea faptei medicului. De pildă, în cazul în care a survenit decesul pacientului, acest lucru se datorează atât bolii de care suferea anterior, cât și faptei medicului. Dacă fapta culpabilă este singura cauză a urmării nefericite, ne aflăm în ipoteza de răspundere clasică și nu mai are niciun sens să apelăm la teoria pierderii de șansă. Așadar, fapta medicului nu este luată în considerare ca fiind motivul generator al decesului, ci ca fiind cauza care a determinat pierderea șansei de supraviețuire (prejudiciul inițial).

Mai mult, trebuie stabilit dacă într-adevăr fapta medicului este cea care stă la baza pierderii respectivei șanse. Pacientul, când ajunge la medic, este deja bolnav. În unele cazuri, decesul într-un interval de timp scurt este inevitabil, în altele boala pacientului, deși nu este de natură să atragă moartea acestuia, este incurabilă. În astfel de împrejurări, medicul nu poate fi tras la răspundere pentru pierderea unei șanse de vindecare sau de supraviețuire, cu excepția situațiilor în care intervenția lui a grăbit moartea pacientului.

Așadar, problema pierderii șansei se pune doar în cazurile în care exista în concret probabilitatea vindecării pacientului. Dacă medicul nu a obținut rezultatul urmărit, el nu poate fi răspunzător pentru acest simplu fapt, întrucât el are față de pacient doar o obligație de mijloace. Trebuie ca fapta care a dus la agravarea stării pacientului sau la decesul acestuia să îi fie imputabilă.

Discuții cu privire la raportul de cauzalitate

Particularitatea prejudiciului rezultând din pierderea unei șanse de vindecare sau de supraviețuire constă în atenuarea exigențelor impuse cu privire la dovedirea condiției legăturii de cauzalitate. Altfel spus, acest prejudiciu se naște în situația în care se poate face dovada existenței unei culpe medicale, fără a se putea stabili o legătură de cauzalitate certă între culpa respectivă și prejudiciul cauzat de moartea sau agravarea stării de sănătate a persoanei în cauză.

Unii autori au aprobat fără rezerve acest demers, tocmai datorită faptului că face mai ușoară proba raportului de cauzalitate, într-un domeniu în care aceasta prezintă dificultăți, mai ales din cauza rapoartelor de expertiză care fac aprecieri dubitative asupra existenței legăturii cauzale dintre culpa medicului și rezultatul produs⁴⁸.

Alții, dimpotrivă, având o viziune mai critică, au reproșat acestei noțiuni faptul că introduce un element arbitrar în determinarea responsabilității medicale. Din perspectiva acestora, problema constă în a determina dacă greșeala a cauzat paguba în întregul său sau nu: „culpa medicului nu face să se piardă șansa de vindecare, ci ea cauzează sau nu moartea.”⁴⁹ Mai mult, acest autor susține că teoria pierderii unei șanse transformă obligația medicului într-o obligație de rezultat.

S-a mai afirmat că pierderea șansei, care constituie în mod normal un tip de prejudiciu specific, a fost deturnată de la scopul ei, prin extinderea aplicării în domeniul medical. Medicina se îngrijește de trupurile umane, cu tot hazardul pe care acestea îl presupun, astfel încât nu putem să fim niciodată siguri că tratamentul sau îngrijirile aplicate ar fi avut efectul salvator așteptat⁵⁰.

Alți autori au apreciat însă că trebuie făcută distincție după cum există sau nu un *alea* la momentul intervenției faptei culpabile a medicului⁵¹. În caz de *alea* sau risc preexistent, pacientul are doar *anumite* șanse de vindecare sau de supraviețuire, pe care le pierde din cauza medicului – această pierdere e indemnizabilă. Dimpotrivă, dacă starea de sănătate a victimei nu a fost expusă *a priori* unui risc (în afară de cele inerente intervenției medicale), pacientul avea *toate* șansele de a evita paguba – în această situație nu se mai pune problema indemnizării pierderii unei șanse, ci singura problemă este de a stabili dacă fapta medicului este sau nu cauza prejudiciului. Pentru a ne afla în prezența prejudiciului constând în pierderea unei șanse trebuie așadar ca paguba produsă să se afle în raport cu starea inițială a pacientului, respectiv să fie o agravare a acestei stări, care în mod normal nu ar fi trebuit să intervină.

Distincția făcută este totuși destul de greu de aplicat în practică. În majoritatea cazurilor situația nu este atât de evidentă cum pare în teorie, fiind dificilă diferențierea situațiilor în care avem de-a face cu un risc preexistent de cele în care riscul survine ulterior. În materie medicală, toate intervențiile prezintă prin ele însele un anumit *alea*. Astfel, prin excluderea *de plano* a posibilității de reținere a pierderii șansei atunci când aleatoriul nu există *a priori*, poate conduce la deosebiri arbitrare.

Pe bună dreptate, această teorie a născut întrebări: De ce ar trebui să distingem între intensificarea unui risc preexistent și crearea unei situații riscante pentru o persoană? Simplul fapt de a fi expus riscului producerii unei pagube, risc care nu exista anterior, este într-un fel o parte a prejudiciului final. Dacă fapta terțului nu este cauza sigură a acestuia, ea a jucat totuși un rol cert în acest sens, prin aceea că a favorizat producerea prejudiciului prin crearea unui risc. Nu putem spune, așadar, că această faptă a dus la pierderea șansei de a evita producerea respectivului prejudiciu?⁵² Se mai pune întrebarea dacă este just să se refuze anumitor victime orice fel de indemnizare doar pentru motivul că ele nu se aflau într-o situație riscantă în momentul intervenirii faptei prejudiciabile. Toate sunt victime ale unei fapte care le-a înrăutățit situația, iar rațiunile teoretice de diferențiere sunt subtilități care le-ar putea afecta nejustificat.

Așadar, atât intensificarea, cât și crearea unui nou risc trebuie să fie indemnizabile, atâta timp cât admitem existența prejudiciului creat prin pierderea unei șanse și în cazul dispariției posibilității de a evita producerea unei pagube.

Apariția unui curent favorabil reparării integrale a prejudiciului în cazul creării culpabile a unui risc

Jurisprudența se împarte azi în două curente care încearcă, și unul și altul, dar prin modalități diferite, să reducă povara probei raportului de cauzalitate din domeniul

medical. Unele instanțe au rămas fidele concepției de pierdere a șanse, pe când altele se manifestă în sensul unei aprecieri mai liberale a cauzalității, răspunzând favorabil la ideea de „creare culpabilă a unei situații periculoase”.

În multe cazuri de răspundere clasică în care s-a constatat existența unei fapte care a creat o situație riscantă și un prejudiciu produs în urma pericolului creat, instanțele au admis existența unei cauzalități între cele două, fără a administra alte probe și procedând, în acest mod, la repararea integrală a prejudiciului. Dacă facem o comparație între această ipoteză și cea a culpei medicale, putem observa foarte clar similitudinea: fapta culpabilă a medicului a creat un pericol pentru sănătatea și securitatea pacientului și dacă acel pericol s-a concretizat, cauzalitatea ar putea să fie prezumată⁵³.

Astfel, într-o speță, pacientul a fost supus unei anestezii parțiale, care nu se impunea în cauză. Prima Cameră Civilă a Curții de Casație franceze a respins recursul formulat de radiolog împotriva hotărârii care a admis responsabilitatea integrală a acestuia, pe motiv că a ordonat respectiva injecție care nu era necesară, supunându-l astfel pe pacient unui risc nejustificat⁵⁴. Asta înseamnă că, pentru medic, simplul fapt de a-l supune pe pacient unui risc anormal (care s-a și realizat) și de a-l face astfel să piardă șansa evitării pagubei, a fost suficient pentru a justifica o indemnizare integrală, raportul de cauzalitate fiind prezumat.

Hotărârile Camerei Penale susțin indirect această orientare. Ea este evidențiată într-o speță în care o femeie, victimă a unui accident obstetric, a decedat în timpul nașterii. Soțul acesteia a făcut plângere penală împotriva medicului pentru ucidere din culpă, iar Curtea de Apel, constatând faptele culpabile ale medicului, l-a condamnat pentru că „a irosit șansele de supraviețuire ale pacientei.” Sesizată cu un apel fondat pe violarea principiului care impune victimei sarcina probei raportului de cauzalitate, Camera Penală a reafirmat acest principiu, însă a apreciat că, în speță, prin faptele culpabile săvârșite, medicul „a creat un risc mortal pentru pacientă și a neglijat să-i înlăture efectele”, astfel „privând victima de toate șansele de supraviețuire și comițând o faptă care se încadrează la infracțiunea de ucidere din culpă.”⁵⁵

Pierderea șanse - o noțiune „deturnată” în cazul deficiențelor de informare din partea medicilor?

În 1974, Curtea de Casație Franceză a admis pentru prima dată aplicarea teoriei pierderii unei șanse în cazul unei deficiențe de informare din partea medicului⁵⁶. În speță, o persoană a fost îndemnată de către un medic să-și facă o operație la mână, însă nu a fost avertizată în legătură cu posibilele consecințe negative, care ulterior s-au și produs. Astfel, instanța a apreciat că „neinformându-l pe pacient cu privire la riscurile operației, medicul l-a privat pe acesta de șansa de a evita un prejudiciu”. Victima a fost, deci, indemnizată și asta în ciuda faptului că pacientul, chiar fiind corect informat, ar fi putut să își asume totuși riscul operației.

Soluția menționată a fost preluată și aplicată constant și în alte cazuri asemănătoare, apelând la o analiză mai relaxată a raportului de cauzalitate. Ilustrăm prin prezentarea

unor cauze în care anumite femei au considerat că au fost private de șansa de a nu avea un copil sau de a evita să dea naștere unui copil cu handicap sever.

De exemplu, într-o speță, o femeie a cerut să fie sterilizată deoarece născuse deja patru copii, cu toate că lua pilule anticoncepționale. Pentru ea, recursul la acest procedeu era inevitabil, întrucât medicamentele contraceptive clasice nu își făceau efectul. Cu toate că femeia, pe bună dreptate, a crezut că nu mai exista niciun risc să rămână însărcinată, după scurt timp de la operație a aflat că aștepta al cincilea copil. Ea a reproșat medicului faptul că nu a informat-o despre posibilitatea de a rămâne din nou însărcinată după o asemenea intervenție.

Simplul fapt că medicul nu a pus-o în gardă pe pacientă cu privire la acest aspect poate fi considerat ca fiind în raport de cauzalitate direct cu nașterea copilului, cu toate că practicianul nu a comis nicio eroare în timpul intervenției?⁵⁷ Problema constă în a stabili dacă femeia ar fi rămas însărcinată chiar dacă medicul ar fi avertizat-o asupra riscului. În acest caz, putem să fim siguri că ea ar fi apelat la alte metode contraceptive sau și-ar fi luat alte precauții? Mai mult, putem să ne întrebăm de ce femeia nu a apelat la întreruperea cursului sarcinii când a aflat că este gravidă, ci totuși a decis să păstreze copilul?

Această speță ilustrează foarte clar incertitudinea care apare în ceea ce privește raportul de cauzalitate, fiind și mai discutabil decât în cazul pierderii șansei de a face avort pentru motive terapeutice. Atunci când o femeie a fost privată de posibilitatea de a face avort și, drept urmare, a născut un copil cu handicap, se poate stabili, apelând la statistici, procentajul femeilor care ar fi renunțat la sarcină în deplină cunoștință de cauză. Dimpotrivă, în cazul sterilizării, este mult mai greu de determinat dacă ar fi existat o diferență de comportament a cuplului în situația în care ar fi fost încunoștințat despre acel risc.

Prezentăm câteva cazuri care marchează evoluția jurisprudenței referitoare la pierderea șansei de a face avort terapeutic, până la apariția bine-cunoscutei cauze „Perruche”.

Într-o primă speță din 1989⁵⁸, o femeie de 42 de ani a rămas însărcinată și a cerut medicului care supraveghea sarcina să realizeze o amniocenteză, întrucât îi era cunoscut faptul că femeile trecute de 40 de ani prezintă riscuri mai mari de a aduce pe lume un copil având sindromul Down (trisomie). În ciuda faptului că rezultatele testului efectuat de medic au fost mulțumitoare, femeia a născut totuși un copil afectat de trisomie. În speță, părinții au fost indemnizați pentru pierderea șansei de a alege dacă să facă un avort sau nu, instanța considerând că, dincolo de orice dubiu, maladia este inerentă patrimoniului genetic și că nu este absolut sigur că mama ar fi ales să renunțe la sarcină.

Într-o altă cauză⁵⁹, o femeie a adus pe lume un copil având un handicap format ca urmare a rubeolei contractate de mamă în timpul sarcinii. Judecătorii l-au condamnat pe medic, pe motiv că nu a realizat examenul de serologie a acestei maladii, pentru pierderea șansei de a alege suferite de mamă.

Mai târziu, cauza „Quarrez”⁶⁰ a adus o schimbare a acestei jurisprudențe. Doamna Quarrez, fiind însărcinată și având o vârstă de peste 40 de ani, decide să se supună unei amniocenteze. Cultura lichidului amniotic este dificilă și presupune anumite riscuri, printre care și avortul spontan. Fiind asigurată că nu existau probleme cu fătul, doamna Quarrez a

păstrat sarcina, dar a adus pe lume un băiat care suferea de sindromul Down. Problema s-a pus cu privire la stabilirea raportului de cauzalitate între fapta medicului și dauna suferită de părinți. De această dată, Curtea s-a raliat argumentelor expuse de părinți, care au explicat că femeia nu s-ar fi supus acestui examen care implică riscuri de avort spontan, dacă nu ar fi avut intenția de a recurge la întreruperea sarcinii din motive terapeutice în caz de rezultat alarmant în urma testului.

Instanța a acordat părinților o indemnizație, cu titlu de prejudiciu material, pentru toată durata vieții fiului lor, apreciind ca cert faptul că mama ar fi recurs la avort dacă ar fi fost corect informată. Cu toate acestea, nu este vorba aici despre indemnizarea prejudiciului final, în absența unui raport de cauzalitate. Curtea a respins existența raportului de cauzalitate dintre eroarea medicului și handicapul copilului (prejudiciul final) datorită faptului că handicapul este inherent patrimoniului său genetic și a indemnizat pierderea șanse de a face avort, iar nu doar pe cea de a lua o hotărâre în cunoștință de cauză.

Evident, acceptarea existenței unei legături de cauzalitate între lipsa de informare din partea medicului și *pierderea șansei de a face un avort* este singura modalitate care permite judecătorului să acorde o indemnizație părinților. Ar fi injust, atât din punct de vedere juridic, cât și moral, să considerăm că neglijența medicului este cauza directă a *prejudiciului constând în nașterea unui copil afectat de un handicap*.

Soluția dată în speță pare logică. Cu toate acestea, Curtea de Casație Franceză a acordat pentru un prejudiciu de același tip, dar în cadrul responsabilității clasice, iar nu pe baza pierderii de șansă, indemnizarea integrală a prejudiciului, cu toate că raportul de cauzalitate era incert.

În cauză, un cuplu l-a întrebat pe un profesor doctor dacă afecțiunea neurologică de care suferea bărbatul era susceptibilă de a fi transmisă pe cale genetică descendenților, învederând totodată faptul că în acest caz ar renunța la procreare. Fiind asigurați de medic că maladia nu se transmite, ei au decis să aibă un copil. Copilul s-a dovedit însă a fi afectat de respectiva anomalie. Instanța, considerând că părinții nu ar fi luat această decizie dacă ar fi fost corect informați, a condamnat medicul la indemnizarea integrală a prejudiciului⁶¹. Judecătorii au considerat că fapta sa se află în relație directă nu cu pierderea șansei de a lua o decizie complet informată, ci cu hotărârea de a procrea.

Totuși, dubiul cu privire la raportul de cauzalitate subzistă și în această ipoteză. Să presupunem că medicul le-ar fi spus că există un risc de 50% ca fiul lor să fie afectat de probleme neurologice – putem să fim siguri că în această situație soții ar fi procedat în același mod și ar fi renunțat la proiectul parental?

În recurs, medicul a invocat faptul că obligarea lui la indemnizarea integrală a prejudiciului nu este justă, întrucât deficiența de informare a condus doar la pierderea șansei de a alege cunoscând toate riscurile posibile, însă Curtea de Casație nu a luat în considerare această apărare.

Una dintre cele mai cunoscute hotărâri este cea pronunțată în cauza „Perruche”, prin care s-a admis acordarea unei indemnizații atât în favoarea părinților, cât și în favoarea copilului născut cu handicap. În ceea ce privește prejudiciul suferit de părinți, nu

au apărut probleme insurmontabile. S-a constatat că lipsa de informare din partea medicului se află în raport de cauzalitate direct cu pierderea șanse de a face avort.

În ceea ce privește prejudiciul copilului însă, s-au născut discuții interesante. Instanța franceză a considerat că, în principiu, nașterea unui copil nu poate constitui un prejudiciu. Totuși, în situația din speță, fătul prezenta un handicap congenital despre a cărui existență medicul trebuia să știe și să îi informeze pe părinți, pentru a cunoaște posibilitatea unui avort terapeutic. Astfel, s-a apreciat că pierderea acestei șanse a reprezentat un prejudiciu pentru copil, fiind stabilit un raport de cauzalitate între încălcarea obligației de informare din partea medicului și faptul că el s-a născut astfel.

Criticile aduse acestei orientări s-au fundamentat pe denaturarea condițiilor răspunderii civile privind existența unui prejudiciu și a unui raport de cauzalitate între acesta și culpa medicului. Așadar, în speță, copilul a fost indemnizat în absența unui prejudiciu și, *a fortiori*, a unui raport de cauzalitate între lipsa de informare a părinților și handicapul său.

Concluzie

După cum am văzut, incertitudinea asupra caracterului direct al prejudiciului atinge cote maxime în ceea ce privește pierderea unei șanse. Tocmai din acest motiv, pentru a stabili raportul de cauzalitate, judecătorul face abstracție de prejudiciul final concret și ia în considerare doar un diminutiv abstract al acestui prejudiciu, care este, prin ipoteză, legat în mod cert de faptă. Paguba finală este folosită doar în etapa evaluării indemnizației.

Cu toate că anumite aspecte legate de indemnizarea prejudiciului creat prin pierderea unei șanse nu au fost clarificate încă, observăm că această teorie nouă vizează un prejudiciu care există în realitate, iar evaluarea lui este lăsată la lumina și înțelepciunea judecătorului. Jurisprudența nu a făcut decât să releve un prejudiciu pe care legea nu l-a evidențiat în mod expres anterior și care corespunde unei atingeri reale astfel încât caracterul său abstract nu trebuie să constituie un obstacol în indemnizarea lui.

* Auditor de justiție, Institutul Național al Magistraturii; oanagligan@yahoo.com,

¹ Art. 1385 al. 4, C. Civ.

² V. Breban, *Dicționar explicativ al limbii române*, Ed. Științifică și enciclopedică, 1987, p. 1024

³ S. Neculaescu, *Pierderea șansei – prejudiciu reparabil* în Revista Studii de Drept Românesc, nr. 4/2009, p. 323

⁴ Cass. Crim., Dec. 6 juin 1990

⁵ Philippe Brun sous Cass. Crim., Dec. 4 décembre 1996 dans *Responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Litec, Paris, 2005, p. 113

⁶ M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 92

⁷ C.S.J., Dec. 17/1992 în *Probleme de drept în deciziile C.S.J. 1990-1992*, Ed. Orizonturi, București, 1993, p. 417-419

⁸ Ch. Req., C.Cass., Dec. 17 juillet 1889

⁹ Cass. Crim., Dec. 24 février 1970

- ¹⁰ S. Neculaescu, *Pierderea șansei – prejudiciu reparabil* în Revista Studii de Drept Românesc, nr. 4/2009, p. 325
- ¹¹ L.R. Boilă, *Discuții privind prejudiciul cauzat prin pierderea șansei de a obține un avantaj în cadrul răspunderii civile delictuale* în Dreptul nr. 7/2010, p.99
- ¹² L. Pop, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 199
- ¹³ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Litec, Paris, 2005, p. 113
- ¹⁴ Trib. Suprem, Colegiul civil, Dec. nr. 733/1957 în C.D. 1957, p. 159
- ¹⁵ Trib. Suprem, Secția penală, Dec. nr. 690/1989 în Dreptul nr. 4/1990, p.75
- ¹⁶ L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Volumul II Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 655
- ¹⁷ P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Ed. Dalloz, Paris, 1998, p. 140
- ¹⁸ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 4^{ème} éd., Ed. Litec, Paris, 1991, p. 62
- ¹⁹ A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Ed. L.G.D.J., Paris, 2003, p. 456
- ²⁰ S. Neculaescu, *Pierderea șansei – prejudiciu reparabil* în Revista Studii de Drept Românesc, nr. 4/2009, p. 329
- ²¹ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Litec, Paris, 2005, p. 114
- ²² L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile. Volumul II Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 656
- ²³ S. Neculaescu, *Pierderea șansei – prejudiciu reparabil* în Revista Studii de Drept Românesc, nr. 4/2009, p. 329
- ²⁴ L.Toma, *Prejudiciul cauzat prin pierderea unei șanse conform Noului Cod Civil* în Curierul Judiciar, nr. 10/2011, p. 499
- ²⁵ L.R. Boilă, *Discuții privind prejudiciul cauzat prin pierderea șansei de a obține un avantaj în cadrul răspunderii civile delictuale* în Dreptul nr. 7/2010, p.110
- ²⁶ J. Bore, *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCPG, 1974 I 2620
- ²⁷ G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Ed. L.G.D.J., Paris, 1998, p. 198
- ²⁸ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 4^{ème} éd., Ed. Litec, Paris, 1991, p. 66
- ²⁹ P. Jourdain, *Conditions de la responsabilité*, RTDCiv, 1989, p. 81
- ³⁰ J. Bore, *L'indemnisation pour les chances perdues, une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCPG, 1974 I 2620
- ³¹ J. Bore, *Note sous l'arrêt Cass. Com 19 octobre 1999*, Répertoire Defrénois, 2000, p. 1278
- ³² M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1972, p. 93
- ³³ J. Bore, *L'indemnisation pour les chances perdues, une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCPG, 1974 I 2620
- ³⁴ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Litec, Paris, 2005, p. 114
- ³⁵ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Litec, Paris, 2005, p. 116
- ³⁶ Cass. Civ. 1^{re}, Dec. 10 juin 1986
- ³⁷ Cass. Crim., Dec. 24 février 1970
- ³⁸ P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Ed. Dalloz, Paris, 1998, p. 141
- ³⁹ L. R. Boilă, *Discuții privind prejudiciul cauzat prin pierderea șansei de a obține un avantaj în cadrul răspunderii civile delictuale* în Dreptul nr. 7/2010, p. 108

- ⁴⁰ R. Descartes, *Discurs despre metoda de a ne conduce bine rațiunea și a căuta adevărul în științe. Partea a III-a. Câteva reguli de morală deduse din această metodă*, Ed. Academiei Române, 1990, p. 126 (traducere de Daniela Rovența-Frumușani și Alexandru Boboc)
- ⁴¹ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, 4^{ème} édition, Ed. Litec, Paris, 1991, p. 66
- ⁴² A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, 9^e édition, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 456
- ⁴³ L. Toma, *Prejudiciul cauzat prin pierderea unei șanse conform Noului Cod Civil în Curierul Judiciar*, nr. 10/2011, p. 503
- ⁴⁴ A. Tunc, *Perte d'une chance suite à une erreur de diagnostic*, RTD civ, 1963, p. 334
- ⁴⁵ Cass. Civ., Dec. 14 décembre 1965
- ⁴⁶ C.Cass., Dec. 17 novembre 2000
- ⁴⁷ C.Cass., Dec. 6 décembre 2007
- ⁴⁸ G. Durry, *Faute médicale et perte de chances de survie*, RTD civ, 1972, p. 408
- ⁴⁹ F. Chabas, *Note sous Dec. 21 décembre 1970 Tribunal Montpellier*, Dalloz, 1971, p. 637
- ⁵⁰ J. Bore, *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCPG, 1974 I 2620
- ⁵¹ M. Chabas, *La perte d'une chance en droit français, Colloque sur les développements récents du droit de la responsabilité civile*, Centre d'études européennes, Genève, 1991, p. 131
- ⁵² P. Jourdain, *Conditions de la responsabilité – Sur la perte d'une chance*, RTD civ, 1992, p. 111
- ⁵³ G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité civile*, 2^{ème} ed., Ed. L.G.D.J., Paris, 1998, p. 200
- ⁵⁴ Cass. Civ. 1^{re}, Dec. 20 février 1979
- ⁵⁵ Cass. Crim., Dec. 9 juin 1977
- ⁵⁶ C. Cass., Dec. 5 novembre 1974
- ⁵⁷ M. Martinez, *Conclusions sur TA Strasbourg 21 avril 1994 - Madame M. c. Hospices civils de Colmar*, RDP 1994, p. 1837
- ⁵⁸ TGI Montpellier, 15 décembre 1989
- ⁵⁹ Cass. Civ. 1^{re}, Dec. 8 mars 1990
- ⁶⁰ Conseil d'État, 14 février 1997
- ⁶¹ Cass. Civ. 1^{re}, Dec. 26 mars 1996